



PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

INFORME TÉCNICO N° 259 -2019-SERVIR/GPGSC

De : **CYNTHIA SÚ LAY**
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil

Asunto : Sobre el personal de las cajas municipales y el beneficio de defensa y asesoría legal

Referencia : a) Documento con registro N° 41144-2018
b) Documento con registro N° 41147-2018

Fecha : Lima, 11 FEB. 2019

I. Objeto de la consulta

Mediante los documentos de la referencia se consulta a SERVIR lo siguiente:

- a. ¿Los trabajadores de la Caja Metropolitana de Lima son servidores o funcionarios públicos?
- b. ¿Es viable el otorgamiento del beneficio de defensa y asesoría legal a los trabajadores o extrabajadores de las Cajas Municipales?

II. Análisis

Competencias de SERVIR

- 2.1 SERVIR es un órgano rector que define, implementa y supervisa las políticas de personal de todo el Estado, no puede entenderse que como parte de sus competencias se encuentra el constituirse en una instancia administrativa o consultiva previa a la adopción de decisiones individuales que adopte cada Entidad.
- 2.2 Debe precisarse que las consultas que absuelve SERVIR son aquellas referidas al sentido y alcance de la normativa sobre el Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, planteadas sobre temas genéricos y vinculados entre sí, sin hacer alusión a asuntos concretos o específicos; por lo tanto, las conclusiones del presente informe no se encuentran vinculadas necesariamente a situación particular alguna.
- 2.3 En tal sentido, cabe concluir que no corresponde a SERVIR, a través de una opinión técnica, emitir pronunciamiento sobre alguna situación concreta. Por ello, el presente informe examina las nociones generales a considerar sobre las materias de la presente consulta.

De las cajas municipales de ahorro y crédito y las normativa del servicio civil

- 2.4 Las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito constituyen empresas municipales, que pueden ser creadas por una o más municipalidades provinciales o distritales y funcionan con estricto arreglo a la legislación especial sobre la materia, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 71° de la Ley N° 27972, Ley Orgánica de Municipalidades; asimismo, son empresas que conforman la actividad empresarial del Estado y no se encuentran sujetas al Fondo Nacional de





PERÚ

Presidencia
del Consejo de Ministros

Autoridad Nacional
del Servicio Civil

Gerencia de
Políticas de Gestión
del Servicio Civil

“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

Financiamiento de la Actividad Empresarial del Estado (FONAFE), esta última encargada de normar y dirigir la actividad empresarial del Estado.

- 2.5 Con respecto a la actividad empresarial del Estado, cabe señalar que conforme lo dispuesto por el artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1031 las empresas del Estado se rigen por las normas de la actividad empresarial del Estado y de los sistemas administrativos de este, en cuanto sean aplicables, y supletoriamente por las normas que rigen la actividad empresarial privada, principalmente por la Ley General de Sociedades y el Código Civil, siendo el caso que dicha disposición es también aplicable a las empresas de los gobiernos locales (municipalidades provinciales o distritales), conforme a lo dispuesto por la Primera Disposición Complementaria y Transitoria del mencionado Decreto Legislativo¹.
- 2.6 Sin embargo, es menester precisar que de acuerdo a lo dispuesto por la Ley N° 26702², Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, y el Decreto Supremo N° 157-90-EF, Normas de funcionamiento en el país de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito³, modificada por la Ley N° 30607, las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (en adelante CMAC) son empresas del sistema financiero, que cuentan con personería jurídica de derecho público y tienen autonomía económica, financiera y administrativa.
- 2.7 Posteriormente, se emitió la Ley N° 29523⁴ con la finalidad de mejorar la competitividad de las CMAC y a efectos de que puedan operar en igualdad de condiciones, respecto de la toma de decisiones en aspectos relativos a personal, presupuesto y adquisiciones y contrataciones, con el resto de empresas del Sistema Financiero Nacional, se dispuso su exclusión de las normas y reglamentos del Sistema Nacional de Presupuesto y de la Ley de Contrataciones del Estado⁵.

La eliminación de dichos controles tenía como finalidad dar autonomía necesaria a las CMAC para que les permitiera tener un manejo oportuno en la toma de decisiones referidas a las inversiones productivas y rentables, a la política remunerativa y a la contratación del personal adecuado⁶; pues, las restricciones establecidas por el Sistema Nacional de Presupuesto para las entidades públicas, genera sobrecostos y limita la competitividad de las CMAC les impide tener una mejor operatividad administrativa de sus propios recursos, hecho que las coloca en situación de desventaja frente a las demás empresas del sistema financiero⁷.

¹ Decreto Legislativo N° 1031, Decreto Legislativo que promueve la eficiencia de la actividad empresarial del Estado Disposición Complementaria, Transitoria y Modificatoria del

PRIMERA.- Disposiciones aplicables a las empresas de los tres niveles de gobierno

Las disposiciones de los artículos 3, 4, numeral 5.2 del artículo 5, artículo 6, numerales 7.1 y 7.3 del artículo 7 y del artículo 10 del presente Decreto Legislativo, también son de obligatorio cumplimiento para las Empresas del Estado pertenecientes al nivel de gobierno regional y local. Para estas empresas, la autorización a que se refiere el numeral 5.2 del artículo 5 será dictada mediante acuerdo del Consejo Regional o acuerdo del Concejo Municipal, según corresponda

² Modificada por la Ley N° 30607, Ley que modifica y fortalece el funcionamiento de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito (CMAC)

³ Dispositivo con rango de Ley conferido por el artículo 425 del Decreto Legislativo N° 770

⁴ Ley N° 29523, Ley de mejora de la competitividad de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito del Perú

⁵ De acuerdo a la Segunda Disposición Final de la Ley N° 29523, la Caja Municipal de Crédito Popular de Lima también se encuentra comprendida dentro de dicha norma

⁶ Exposición de Motivos de la Ley N° 29523, disponible en el portal institucional del Congreso de la República (disponible en <http://www.congreso.gob.pe/pley-2006-2011/>)

⁷ Exposición de Motivos de la Ley N° 29523, disponible en el portal institucional del Congreso de la República (disponible en <http://www.congreso.gob.pe/pley-2006-2011/>)





"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"

"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

- 2.8 De ahí, que las CMAC se encontrarían excluidas del Sistema Nacional de Presupuesto, así como de sus demás normas complementarias que regulan las restricciones presupuestales, y las limitaciones para las adquisiciones y contratación de bienes y servicios, la contratación de personal, mejoramiento de las condiciones laborales de sus trabajadores y personal de dirección y confianza. Consecuentemente, las CMAC gestionarán la contratación y administración de su personal bajo las normas del régimen de la actividad privada.
- 2.9 En ese sentido, podemos inferir que las CMAC, a diferencia de las demás empresas de gobiernos locales y regionales⁸, se encontrarían excluidas del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, así como de los alcances de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

Sobre el ejercicio de función pública por parte del personal de las Cajas de Ahorro y Crédito Municipal

- 2.10 Previamente, debemos indicar que nuestra Constitución Política establece en su artículo 31° que *"Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación"*. Delimitando en su artículo 40° que *"no están comprendidas en la función pública los trabajadores de las empresas del Estado o de sociedades de economía mixta"*.
- 2.11 De la citada disposición constitucional se aprecia que por mandato constitucional los trabajadores de las empresas del Estado se encuentran impedidos de ejercer función pública, lo cual guarda congruencia con el Decreto Supremo N° 157-90-EF⁹, que establece de manera taxativa que *"el personal de las CMAC están sujetos al régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728"*, lo cual en principio equipararía su trabajo con el de un trabajador de una empresa del Sector Privado diferenciándolo así de la labor de un servidor o funcionario público.
- 2.12 Siendo así, es menester precisar que corresponde entender por función pública, para tal efecto debemos observar las distintas definiciones esbozadas en las siguientes normas:

- i) La Carta Iberoamericana de la Función Pública¹⁰, que *"La función pública de un país puede albergar relaciones de empleo basadas en un nombramiento o en un contrato, reguladas por el derecho público o por el derecho privado, y cuyas controversias se sustancian ante órganos judiciales especiales o ante tribunales comunes"*.
- ii) La Convención Interamericana Contra la Corrupción¹¹ celebrada por los miembros de la Organización de los Estados Americanos (suscrita y ratificada por el Perú), define a la

⁸ Mediante Informe Técnico N° 015-2017-SERVIR/GPGSC (disponible en www.servir.gob.pe) se señaló lo siguiente:

"2.9. Ha sido la Tercera Disposición Complementaria del Decreto Legislativo N° 1023, la que precisó que, respecto de las empresas del Estado bajo el ámbito del FONAFE, SERVIR ejerce sus funciones y atribuciones únicamente en coordinación con dicho organismo.

Si bien limita la competencia de SERVIR respecto de las empresas del Estado bajo el ámbito del FONAFE, dicha restricción no alcanza a las empresas municipales (...), las que se mantienen bajo el alcance del sistema a efectos de la aplicación de la política del servicio civil (...)"

⁹ Artículo 19° del Decreto Supremo N° 157-90-EF, Normas funcionamiento en el país de las Cajas Municipales de Ahorro y Crédito

¹⁰ Carta Iberoamericana de la Función Pública, aprobada por la V Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado en el año 2003

¹¹ Disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_B-58_contra_Corruptcion.asp





"Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad"

"Función Pública", como toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o al servicio del Estado o de sus entidades, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.

- iii) Ley N° 27815, Código de Ética de la Función Pública, en su artículo 2° establece que para efectos de la referida norma debe entenderse como función pública, a toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria que realiza una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos.
- iv) A nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional mediante el fundamento 8 de la sentencia recaída en el Expediente N° 05057-2013-PA/TC, señala que "(...) *La función pública debe ser entendida, desde el punto de vista material, como la actividad temporal o permanente, remunerada o honoraria, realizada por una persona en nombre o al servicio de las entidades de la Administración pública, en cualquiera de sus niveles jerárquicos (...)*"

2.13 Del análisis de los conceptos antes citados podemos indicar que, la *función pública* como categoría jurídica conceptual desde el punto de vista teórico está vinculada particularmente a las funciones que tiene el Estado- las cuales aun cuando puedan ser delegadas son de su titularidad- reflejan el poder público o *ius imperium* del Estado en cumplimiento de sus deberes constitucionalmente establecidos; así como, los deberes y obligaciones que afectan a los servidores públicos (como la lealtad a la Constitución y a la ley, imparcialidad, interés público) que diferencian al trabajador privado de un servidor público.

2.14 En ese sentido, podemos colegir que la labor que desempeñan los trabajadores de las empresas del Estado (entre ellas las empresas Cajas de Ahorro y Crédito Municipal) no se encuentra vinculada al ejercicio de la función pública, muy por el contrario su desempeño está más orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, de acuerdo al objeto social de la empresa.

Del otorgamiento del beneficio legal al personal que presta servicios en las Cajas de Ahorro Municipal

2.15 De acuerdo con el literal l) del artículo 35° de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil (en adelante LSC), se establece el derecho de los servidores civiles a contar con defensa y asesoría legal, contable, económica o afín, con cargo a los recursos de la entidad para la defensa en procesos judiciales, administrativos, constitucionales, arbitrajes, investigaciones congresales y policiales, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio de sus funciones, inclusive como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse al proceso hubiese concluido la vinculación con la entidad.

2.16 Por su parte, la Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles", aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 284-2015-SERVIR-PE¹² reguló el procedimiento para solicitar y acceder al beneficio de la defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles, que se encuentren prestando servicios o hayan prestado servicios para las entidades de la administración pública, independiente de su autonomía y nivel de gobierno (gobierno



¹² Modificada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 103-2017-SERVIR-PE



“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

nacional, regional y local), con cargo a los recursos de la entidad, en procesos que se inicien por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio regular de sus funciones o actividades¹³ o bajo criterios de gestión en su oportunidad¹⁴, inclusive, como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido su vinculación con la entidad; y estrictamente relacionadas con el ejercicio de la función pública.

- 2.17 De esta manera, el beneficio de defensa y asesoría legal contemplado en el literal I) del artículo 35º de la LSC es de aplicación a todos los servidores y ex servidores civiles de las entidades de la Administración Pública, que como consecuencia del ejercicio de la función pública se ven inmersos en procesos o procedimientos iniciados en su contra, ya sea por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio regular de sus funciones o actividades o bajo criterios de gestión en su oportunidad.
- 2.18 Atendiendo a ello, y teniendo en consideración que la labor de los trabajadores de las empresas del Estado (como las Cajas de Ahorro y Crédito Municipal) no se encuentran vinculadas al ejercicio de la función pública, no sería factible que se les otorgue el beneficio de defensa y asesoría legal previsto por la LSC, pues dicho beneficio únicamente se otorga a aquellos servidores o exservidores públicos que en ejercicio de la función pública se ven inmersos en procedimientos y/o procesos iniciados en su contra, conforme a lo señalado en los numerales 2.9 al 2.11 del presente informe.

III. Conclusiones

- 3.1. Conforme a lo establecido por las normas reseñadas en los numerales 2.4 al 2.7 del presente informe, las CMAC son empresas del sistema financiero que cuentan con personería jurídica de derecho público y tienen autonomía económica, financiera y administrativa. Las mismas que se encuentran excluidas del Sistema Nacional de Presupuesto y de la Ley de Contrataciones del Estado.
- 3.2. Las CMAC al estar excluidas del Sistema Nacional de Presupuesto, así como de las demás normas complementarias que establecen diversas restricciones presupuestales, entre ellas las referidas a la contratación de personal, estas gestionarán la contratación y administración de su personal bajo las normas del régimen de la actividad privada.
- 3.3. De ello, podemos inferir que las CMAC, a diferencia de las demás empresas de gobiernos locales y regionales, se encontrarían excluidas del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos, así como de los alcances de la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil.

¹³ Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles"

¹⁴ 5.1.1. *Ejercicio regular de funciones: Es aquella actuación, activa o pasiva, conforme a las funciones, actividades o facultades propias del cargo o de la unidad organizacional a la que pertenece o perteneció el solicitante en el ejercicio de la función pública, así como también la actuación que resulte del cumplimiento de disposiciones u órdenes superiores.*

¹⁴ Directiva N° 004-2015-SERVIR/GPGSC "Reglas para acceder al beneficio de defensa y asesoría de los servidores y ex servidores civiles"

¹⁴ 5.1.2. *Bajo criterios de gestión en su oportunidad: Es aquella actuación, activa o pasiva, que no forma parte del ejercicio de funciones del solicitante, tales como el ejercicio de un encargo, comisión u otro ejercicio temporal de actividades dispuestos a través de actos de administración interna o cualquier otro acto normativo predeterminado. Asimismo, se refiere a las acciones efectuadas en contextos excepcionales en nombre o al servicio de las entidades de la Administración Pública persiguiendo los fines propios de la función pública.*





“Decenio de la Igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres”

“Año de la lucha contra la corrupción y la impunidad”

- 3.4. De acuerdo a lo dispuesto por el artículo 40° de la Constitución, el personal que presta servicios en las empresas del estado (como es el caso de las empresas municipales) no ejerce función pública, por tanto no podrían ser considerados como servidores o funcionarios públicos.
- 3.5. La labor que desempeñan los trabajadores de las empresas del Estado (entre ellas las empresas Cajas de Ahorro y Crédito Municipal) no se encuentra vinculada al ejercicio de la función pública, muy por el contrario su desempeño está más orientado a la obtención de rentabilidad empresarial por su participación en el mercado, de acuerdo al objeto social de la empresa.
- 3.6. El beneficio de defensa y asesoría legal contemplado en el literal l) del artículo 35º de la LSC es de aplicación a todos los servidores y ex servidores civiles de las entidades de la Administración Pública, que se encuentran inmersos en procesos que se inicien por omisiones, actos o decisiones adoptadas o ejecutadas en el ejercicio regular de sus funciones o actividades o bajo criterios de gestión en su oportunidad, inclusive, como consecuencia de encargos, aun cuando al momento de iniciarse el proceso hubiese concluido su vinculación con la entidad; y estrictamente relacionadas con el ejercicio de la función pública.
- 3.7. Siendo ello así, y teniendo en cuenta lo señalado en los numerales 2.9 y 2.14 del presente informe, podemos colegir que los trabajadores de las CMAC no realizan labores vinculadas al ejercicio de la función pública, por tanto no sería factible que se les otorgue el beneficio de defensa y asesoría legal previsto por la LSC.

Atentamente,

CYNTHIA SÚ LAY
Gerente (e) de Políticas de Gestión del Servicio Civil
AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL

